

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

ヘルマン・カントロヴィッツの歴史法学批判：オットー・フォン・ギールケとの比較を中心に

著者	西村 清貴
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	114
号	4
ページ	85-111
発行年	2017-03-22
URL	http://hdl.handle.net/10114/14018

ヘルマン・カントロヴィッツの歴史法学批判

——オットー・フォン・ギールケとの比較を中心に——

西村 清 貴

はじめに

第一章 「法学と社会学」における議論

第二章 「我々にとってサヴィニーとはなにか」における議論

第三章 歴史法学と自然主義

結び

はじめに

本稿は、二〇世紀初頭のドイツにおける自由法運動・社会学的法律学の代表的主唱者であるヘルマン・カントロヴィッツにより行われた、歴史法学、とりわけその泰斗であるフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーに対する批判の検討を通じて、いささかなりとも二〇世紀初頭におけるドイツ法学の流れを明らかにすることを目的とするものである。

まずは、本稿が取り上げる問題に関する論争状況について簡単に確認しよう。カントロヴィッツが、(ルドルフ・

フォン・イエーリングの議論を受け継いで）サヴィニーら歴史法学の立場を概念法学として批判したこと自体は法思想史上の常識として受け取られている。⁽¹⁾しかし、他方で、カントロヴィッツのサヴィニーに対する攻撃は不当であるとし、サヴィニーを擁護する議論も、かなり古くから現れていた。例えば、一九一一年に『法と経済』において公表されたカントロヴィッツによるサヴィニー批判論文である「我々にとってサヴィニーとはなにか」⁽²⁾（以下「サヴィニー論」と略す）に対し、アルフレート・マニークは即座に反論を行っている。マニークの議論の趣旨は、カントロヴィッツら社会学的法学の主張は決してサヴィニーの基本的思考に対立するものではなく、むしろ、サヴィニーの理論の展開として位置づけられるという点にある。サヴィニーが、法の概念的完結性や法律の万能性、すなわち歴史的に成立した実定法の排他性を主張したというカントロヴィッツの主張は誤りであり、サヴィニーの理論には実定法と社会学的な法を射程とする二重的法理解が存在するとされるのである。⁽³⁾

カントロヴィッツの議論は不当なサヴィニー評価を前提としているとするこのような議論は、比較的近年においてもしばしば見られる。例えば、オッコー・ベーレンツは以下のように述べる。

「歴史学派の体系的側面、すなわち法社会学的に見れば理解しやすいばかりか法実務的に実り多いサヴィニーの原理論から自由法運動が作り上げたのは、概念法学という戯画だった。自由法運動は、形骸化した形式主義の責任を一九世紀に負わせることによって以上のことをなし遂げたのだが、その影響は一部今日まで及んでいるほどである。自由法運動は、みずからを救済手段として自薦するために、歴史法学派の目的と効果を見誤ったまま、一九世紀の法学を一面的に形式主義とリーガリズムの視点から眺めようとした」⁽⁴⁾

カントロヴィッツらによって描かれた概念法学という像は、サヴィニー（および歴史法学一般）の戯画にすぎないとし、カントロヴィッツによる概念法学批判を相対化する見方は、今日では、法思想史・法制史に関する邦語教科書においても示されており、人口に膾炙したものとなっているといえるだろう。本稿もまた、サヴィニーらの議論は概念法学であるにすぎないという議論が相対化されるべきであるという点については、異論を持たない。⁽⁵⁾

しかし、より丁寧にカントロヴィッツによる歴史法学批判を追うならば、そもそも、「カントロヴィッツは、歴史法学が概念法学と化しているゆえに批判した」という理解は、間違っているわけではないとしても、不十分な理解にとどまっているように思われる。すなわち、「サヴィニー論」を確認するならば、カントロヴィッツによる歴史法学批判の重点は歴史法学が概念法学であるというよりも（もちろん、「サヴィニー論」においてこのような見方が皆無であるというわけではない）、むしろ歴史法学が歴史主義であるという点に置かれているのである。

それでは、カントロヴィッツが批判するところの、この歴史主義とはいかなるものであったのか。そして、カントロヴィッツはいかなる理由から歴史主義を批判したのか。この点を明らかにすることが、本稿の主たる目的となるのだが、この点について精確に論ずるためには、わずかなれども、カントロヴィッツの法学観を、そして二〇世紀初頭のドイツ法学の状況をカントロヴィッツがどのように理解していたかを確認しなければならない。したがって、まずは、「サヴィニー論」が公刊される前年である一九一〇年の第一回ドイツ社会学者会議におけるカントロヴィッツによる報告である「法学と社会学⁽⁷⁾」を検討することにより上記の問題について彼がどのような理解を示していたかを簡単に確認した上で、次いで、「サヴィニー論」の検討に移りたい。そして、最後に、カントロヴィッツの批判対象である歴史法学に属する論者からオットー・フォン・ギールケの議論を確認することにより、カントロヴィッツの歴史法学批判が正鵠を射たものであったのかどうかを検討した上で、カントロヴィッツと歴史法学の間に、従来の研究が

指摘してきたものとはやや異なった観点から、共通した議論の基盤が存在していたことを示したい。

第一章 「法学と社会学」における議論

本章では「法学と社会学」を検討する。しかし、本報告については、詳しく紹介・検討を行った邦語文献が存在するため、ここでは、これらの文献を参照しつつ、駆け足で検討するにとどめる⁽⁸⁾。

さて、カントロヴィッツは、本報告のテーマを述べるにあたり、以下のように論ずる。すなわち、複数の社会領域相互の関係が社会学的関係に属するとした上で、このような関係を研究することが社会学の主題である。また、社会学は「社会生活の総体をその分裂なき充滿において考察するもので、個々の諸社会科学の成果の機械的な寄せ集めではまったくなく、個々の諸社会科学が技術的理由から孤立させざるを得なかったものを独特の総合研究において再統一する学問」であるとする。そして法社会学は、「社会生活を法規範との関係に基づいて研究する」学問であるとする(RS, S. 276)。この「法社会学が法学に対して有用であるべきか、あることができるか」ということが、カントロヴィッツが本講演の中で提示するテーマということとなる(RS, S. 279)。

さて、カントロヴィッツによれば、支配的見解は法社会学の法学に対する有用性を否認している。このような支配的見解によれば、今日の法律家にとって法の形態としては、法律たる法と慣習法しか存在しないとされる。カントロヴィッツは、ここではもっぱら法律についてのみ議論を絞ると宣言しつつ、支配的見解の問題点について以下のように述べる(ebenda)。カントロヴィッツの述べるところ、支配的見解によれば、いかなる法的事例であれ、法律の下への包摂によって解決され得るし、法律によってのみ解決されなければならない。このような解決をするために、

法律家は、類推や反対解釈等の手段を用いるが、しかし、法律家は法律という規範の領域にとどまったままであるとされる。「支配的見解において法律家は」この万里の長城を越えて、社会生活という広野——この広野のために法律は布告される——を「瞥もすることがないのである」(ebenda)。

しかし、支配的見解も、自分たちの主張に問題がないわけではないことに気づいている。この点が明らかとなるのは、先に挙げた類推、すなわち類似した事例の決定という基準に従って行われる事例の解決の場合である。このような類推を用いて法律の文言に反した解釈を認めないならば、無意味な結論が導き出されることとなるのである (RS, S. 280)。

しかしながら、融通無碍に類推を認めるわけにはいかず、何らかの形で境界が引かれなければならない。そこでカントロヴィッツは、類推適用される法律の目的が顧慮されなければならないと説く。そして、このような法律の目的を知るためには、法社会学的探求が不可欠である。すなわち、「法的意味における目的の探求は、法社会学の領域における活動を前提とする」(RS, S. 280-281)。

目的に関するこのような探求は、公法学においてはすでによく見られるものである。国法学については国家に関する社会学的理論において、刑法学については犯罪統計において真に社会学的な探求を見いだすことができる。とりわけ、刑法学においては、あまりにも過酷な判断を避けるために、目的思想を取り入れることが必要である (RS, S. 281-282)。

「貧しいが、品行方正な未亡人が、凍えている我が子のためにいくらかのたぎを盗んだ際に、支配的な理論および実務に従って、窃盗の罪により二四二条に従って懲役刑が課されたならば、このことは常に憤激を引き起こすだ

ろう。その際、法律家は、このような帰結の責任を法律に求めるのだが、国民は、部分的には法律に、部分的には裁判官の冷たさに責任を求める。このような場合には、我々の国家的生活が有するきわめて貴重な財、すなわち法律の權威と裁判官に対する尊敬が掘り崩されるのである」(RS, S. 282)。

このような議論に引き続いて、カントロヴィッツは、概念法学（それは特に民法学において見られる）が、法における目的という契機を顧慮しないことを激しく批判する (RS, S. 282 ff.) のだが、この点については、よく知られているため省略してよいだろう。

さて、このようにカントロヴィッツは法社会学の意義について述べた上で、新カント主義哲学者のハインリヒ・リッケルトの議論を参照しつつ、法社会学の学問的位置づけについて検討する。カントロヴィッツによれば、自然科学および精神科学における経験的学問は実質的分類と形式的分類に従って区分される。前者は、対象を基本的に文化価値に関係づけて考察するか否かに従った分類であり、後者は、主として一般化的概念形成を持つ学問であるか個別化的概念形成を持つ学問であるかという観点に従った分類である。すなわち、経験的学問は、①文化的価値に関係付けられず、一般的概念形成を持つ学問、②文化的価値に関係付けられず、個別化的概念形成を持つ学問、③文化価値に関係付けられ、個別化的概念形成を持つ学問、④文化価値に関係付けられ、一般化的概念形成を持つ学問の四種に分けられる。具体的な例として①は力学、②は地理学、③は法史学、そして④は法社会学が挙げられている (SR, S. 295-297)。これに対し、法教義学は、このような枠組みの外側にあるとされる。というのは、法教義学は、価値に関係付けられた経験科学ではなく、みづから価値付けを行う学問であるからである (RS, S. 297⁽⁹⁾)。

さて、ここからの議論が本稿にとってより重要であるのだが、カントロヴィッツは、このように法社会学と法教義

学を区別することにより、社会学によって法律学を代替しようとする近年の動きについて批判する (ebanda)。ここでこのような動きとしてカントロヴィッツが批判している対象には、オーギュスト・コントやローレンツ・フォン・シュタインにとどまらず (RS, S. 297-298)、通常、カントロヴィッツに近い立場と目されることの多いエルンスト・フックス (RS, S. 298-300) やオイゲン・エールリッヒ (RS, S. 302-303) といった論者も含まれている。

ここでは、カントロヴィッツによるフックスに対する批判を確認しておこう。カントロヴィッツは、ドイツ法律家会議でフックスが関わったボイコットの法的意義に関する議論を紹介する。フックスによれば、ボイコットによって引き起こされた損害に対する賠償に関する議論は、社会学者に開かれているのであり、国民経済学的観点から論じられるべきである、すなわち、この問題は利益衡量によって論じられるべきであり、条文の定式化によって論じられるべきではないとされる。このようなフックスの議論に対し、カントロヴィッツは、以下のように論じる。確かに社会学は、ボイコットが実際にどのような影響を及ぼすのかという点を説明することができる。価値に方向付けられた法学は、さらに歩みを進めて、「ボイコットという現象が有する、法的ルールにとって不可欠な側面を浮き彫りにし、ボイコットに実際に適用される民事および刑事法の規範が実際に及ぼす影響を及ぼすかということを示すことができる、そしてまた、提示された法律の解釈が及ぼす影響の見込みについて示すことができる」(RS, S. 300-301)。しかし、カントロヴィッツの考えでは、これらの(法)社会学的な研究のみでは不十分である。

「しかし、教義学者のみが最終的な歩を進めることができる。彼は——上記の理論「(法)社会学的な理論」に支えられつつ——法律がいかに解釈されるべきか、そして法律の欠缺がいかにして埋められるべきかについて探求することができる。このようにして、ボイコットに関するルールは、個々の事例において法律の目的に従うこととな

る」(RS, S. 301)。

このように、カントロヴィッツは、法学が(法)社会学によって置き換えられることはあり得ないと考えるのである。しかし、当然ながら、カントロヴィッツの立場は存在と価値を区別する新カント主義的方法二元論にとどまるものではなく、カントロヴィッツは、返す刀でゲオルグ・イエリネックの方法二元論をカントへの後退であると批判した(RS, S. 303)上で、以下のように述べる。

「正しい方法は、ここでもまた批判的方法である。このような方法は、以下のいずれの方法からも距離を取る。すなわち、第一に、生活という事実にいかなる顧慮も行わず、すべての法学を、硬直した概念を伴った死んだ計算として把握する古き、書物の中の法学 Buchjurisprudenz であり、第二に、規範科学としての法学の性格を捉え損なう最近の誇張である。社会学なき法学は空虚であり、教義学なき法学は盲目である」(ebenda)。

すなわち、カントロヴィッツにとって、法教義学と法社会学は、異なった学問であり、法社会学が法教義学の代わりを務めることはあり得ない(逆も同様である)。「両者の関係は、むしろ相補的な関係であることが確認されなければならぬのである。

続いて、カントロヴィッツは、規範科学としての法学を社会学に置き換えようとする立場を「自然主義的」⁽¹⁰⁾誇張と呼んだ上で、歴史法学もまた、このような自然主義的誇張に陥っているとする(RS, S. 304)。

「歴史法学は、知性主義にとらわれており、したがって、あらゆる法律学的活動にとって本質的である行為の一部について盲目であるので、以下の点を見誤っている。すなわち、我々の行為にとってもはや妥当しない法に関する諸命題は、もはや規範ではなく、単に事実として考察されるということである。すなわち、そこから人々が事実たる当為 *Seinsollen* を導き出そうとするある事実が過去の事実であるか現在の事実であるかは、当然のことながら方法的に見て同一である。ここにおいて歴史主義と自然主義は、表面上の相違にかかわらず、双生児であることが明らかとなる。自由法的方法論について一度理解した者は誰でも、法律学的思考は「因果的な作用ではなく、目的論的な作用を表すこと、経験的・社会学的作用ではなく、まさに法律学的・規範的な作用を表すこと、そしてなぜ *Warum* ではなく、なにのために *Wozu* を問うのである」ということを認識するのである」(ebenda)。

このように、カントロヴィッツは、歴史法学の立場を歴史主義と位置づけた上で、このような歴史主義も、ここまですべて批判してきた自然主義も、事実と規範を混同しているという点で、同じ穴の貉であるとして批判したのである。すなわち、「法学と社会学」におけるカントロヴィッツが歴史法学に向けた批判は、歴史法学が生活から遊離し、法の概念的関係性を強調したというよりも、むしろ歴史法学が事実と規範を区別していないという点にあるのである。

さて、ここで、「法学と社会学」の検討を終え、続いて、「サヴィニー論」を検討するが、本稿の理解では、「サヴィニー論」と「法学と社会学」の関係は、先ほどのカントロヴィッツの言葉を用いれば、双生児のような関係にある。すなわち、「法学と社会学」が、(法学における社会学の重要性を強調しつつも) 事実に関する学たる社会学による規範に関する学たる法学(より正確には法教義学)に対する浸食に対して警鐘を鳴らした論文であるのに対し、「サヴィニー論」は、事実に関する学たる歴史学による法学に対する浸食に対して警鐘を鳴らした論文であると捉えること

ができるからである。したがって、次章では、歴史法学がいかにして歴史主義という誤りに陥ったのかという点を中心にカントロヴィッツの議論を見ていこう。

第二章 「我々にとってサヴィニーとはなにか」における議論

さて、以下ではカントロヴィッツによる歴史法学批判の具体的内容を見ていくこととする。「サヴィニー論」は、表題の通り、主として、サヴィニーの議論が有する問題について検討した論文なのだが、本論文においてカントロヴィッツは、サヴィニーの議論を、「法史的」、「法哲学的」、「法教義学的」内容に区分する。このうち、法史学的内容については、カントロヴィッツは、サヴィニーの『中世ローマ法史』を取り上げ、高い評価を示しつつも、あまり詳細に立ち入っていないため、本稿でも詳しく取り上げる必要はないだろう。⁽¹⁾

次に、カントロヴィッツは、サヴィニーの法哲学について取り上げる。カントロヴィッツは、まず、サヴィニーが法学から法哲学を追放しようとしたにもかかわらず、サヴィニーの議論の前提には、明白な法哲学的主張が存在すると指摘した上で (WS, S. 48)、すべての法は民族精神に由来するという民族精神論について検討する。カントロヴィッツによれば、これまで、民族精神論は、(1) 全く新しい認識を示し、(2) 自然法の克服を意味し、(3) 我々の法理解にとって持続的に正しい基礎を形作ったと評価されてきたが、これらはいずれも誤りである (WS, S. 49)。まず、(1) については、民族精神論は、元々、ロマン主義者やその偉大な先駆者、すなわちモンテスキューや、バーク、ヘルダーによって説かれたものである。そして、より重要であるのは、例えばモンテスキューが適切にも、法を民族精神に依存せしめる一方、法もまた民族精神に影響を与え得ることを指摘し、このことによって立法の自律性を

擁護したにもかかわらず、サヴィニーはもっぱら、法の民族精神への依存のみに着目し、いわば眞実から誤謬を導き出すことになったことである。このことにより、サヴィニーにおいて、あらゆる進歩的な措置は法の有機的成長に対する攻撃として把握されることになったのである(ebenda)⁽¹²⁾。(2)については、サヴィニーが述べているのは実定法の成立に関する理論であるにすぎず、超実定的に妥当する法が存在することの反駁となっていないとされる(ebenda)。さて、これら二つの論点と比べて、「サヴィニー論」においてより重要なのは民族精神論に関する第三の論点である。まず、カントロヴィッツは、ヘーゲルら多くの重要な思想家によって民族精神論の誤りは認識されているとした上で、以下のように述べる。

「民族精神論の」誤りがいかに大きなものであるかは、こ、こ、で、法、と、法、学、が、そ、も、そ、も、法、律、家、の、目、に、よ、つ、て、で、は、な、く、歴、史、家、の、目、に、よ、つ、て、見、ら、れ、て、い、る、こ、と、が、認、識、さ、れ、て、は、じ、め、て、明、ら、か、と、な、る。サヴィニーを通じて、歴史主義が法学に襲いかかったのである。歴史主義は、——一六世紀のフランス人や、そして再び——サヴィニー以前にフーゴーが法学において導入し、その適用と完成が学派の比類なき眞の功績であるような精確な歴史的・哲学的方法の適用を意味するわけでは決してない。「……」むしろ、歴史主義は、学問の対象において、単にあるいは主として、歴史的取り扱いの対象を見るような思考の「面性である」(WS, S. 49-50)。

すなわち、カントロヴィッツによれば、サヴィニーは法学における歴史学の役割を重視しすぎている。しかし、このような見解は、法学から歴史学を追放しようとする正反対の見解と同様に誤っている。カントロヴィッツにとって、法史学は、法の教義学・実務・社会学・哲学・比較・政治学と同様、法学の一部である。すなわち、サヴィニーは、

今日において法社会学に關して述べられるのと同様に、部分と全体を混同しているのである (WS, S. 49-50)。

さて、このような議論が、「法学と社会学」の議論に対応していることは明らかであろう。「法学と社会学」において、カントロヴィッツは社会学(法社会学)が法学(法教義学)に対して有する意義そのものは高く評価しつつも、法学を社会学によって取り替えようとする議論に対して、それは自然主義だとしてきびしく批判していた。「サヴィニー論」においても、カントロヴィッツは、歴史学(法史学)が法学(法教義学)に対して有する意義それ自体は認めつつも、法学を歴史学によって取り替えようとする議論に対して、それは歴史主義だとしてきびしく批判するのである。

さて、サヴィニーによって法学に持ち込まれたこのような歴史主義的傾向を批判することこそが、「サヴィニー論」の主題なのだが、この点について触れる前に、カントロヴィッツは、サヴィニーの歴史主義の思想的起源がロマン主義に存在することを改めて指摘する。すなわち、カントロヴィッツは、サヴィニーにシュレーゲル兄弟やシェリングが影響を与えたことを指摘し、歴史に方向付けられた世界観を有するロマン主義に対する関心が、サヴィニーをして、本来法律学にとってより重要であるような哲学的部門、すなわち、論理学、倫理学、認識論を後景へと追いやったのであると説く。そしてまた、社会学的、法教義学的、政治的な観点というものもロマン主義には縁遠いものであり、このことが、サヴィニーをして、法を法律家の観点ではなく歴史家の観点から眺めさせることとなったのである (WS, S. 50)⁽¹³⁾。

続いて、カントロヴィッツは、法律家と歴史家の違いを四点挙げているが、簡単にまとめれば、すでに「法学と社会学」において示されていたように、法律家にとって、法とは今日妥当する規範の総体であり、目的論的に説明されなければならない対象であるが、歴史家にとって、法とは因果的に記述される事実であるということとなるだろう。

(WS, S. 51 ff.)。しかし、カントロヴィッツによれば、サヴィニーは、あくまでも法を歴史家の観点から見たため、その結果、例えば法理論と法実務の間に自然法論の時代には考えられなかったような溝を生み出すこととなった。すなわち、理論家にとって、実務は、非学問的であり、必要に迫られて存在するものであるにすぎず、憎しみと軽蔑の対象にはかならないものとなった。この結果として、法理論は、非実務的に、それどころか反実務的なものとなるという不都合を引き起こすこととなった (WS, S. 51) のである。

さて、このように、歴史家にとっての法と法律家にとっての法の相違を述べた後、カントロヴィッツは、最後の論点として、サヴィニーの法教義学に関する議論として、なぜ歴史主義から概念法学が派生したかという問題について論じる。カントロヴィッツによれば、両者は、例えば解釈から発生する実践的帰結等を考慮しないなど生活からの乖離という点において親近性を有するため、サヴィニーが歴史主義の父であり、同時に概念法学の父であることにはいかなる疑問も存在しないとされる (WS, S. 77)。このように概念法学と歴史主義の近似性を強調する議論は、すでに見たように「法学と社会学」においてカントロヴィッツが、書物の中の法律学（おおむね概念法学と同義と理解してよいだろう）と（歴史主義の双生児たる）自然主義が正反対の立場にあると論じていたことを踏まえると、やや違和感を覚えるところであるが、概念法学も歴史主義も、ともに法を理解するにあたり最も重要な目的という契機を適切に認識しないゆえに、容易に結びつき得たとカントロヴィッツは考えていたということなのであろう。

さて、ここまでカントロヴィッツによる歴史法学批判およびサヴィニー批判を確認してきた。これらの批判を本稿なりに簡単にまとめると、以下のようなになる。カントロヴィッツは、まず、方法二元論の立場から、規範を対象とする学と事実を対象とする学を区別する。法教義学は前者に属し、法社会学は後者に属する。しかし、法を取り扱うにあたり、このような二区分に固執することは不十分であり、法を規範としてのみ把握するならば書物の中の法律学

に、事実としてののみ把握するならば自然主義に陥ることとなる。したがって、重要なのは両者の相互補完関係を意識することである。これに対し、歴史法学は、自然主義と同様の誤りに陥っている。より精確に言えば、現在存在する事実と規範を区別しない自然主義ときわめて類似した、過去に存在した事実と規範を区別しない歴史主義に陥っている。このような歴史主義は、方法論的に間違っているだけではなく、もっぱら法を単なる事実として、記述の対象として取り扱う結果として、法実務に対する関心を、ひいては生活に対する関心を失うこととなり、同じく生活に対する関心を失った概念法学との思想的親近性を示すこととなった、と。

しかし、サヴィニーや歴史法学は本当に、自然主義や歴史主義に陥っていたのだろうか。次章では、サヴィニーや、サヴィニーと同様に歴史法学に属するギールケの議論を確認することにより、この点について検討したい。

第三章 歴史法学と自然主義

まず、サヴィニーが『現代ローマ法体系第一巻』において、歴史を研究する意義について述べている箇所を確認しよう。

「法学における歴史的な見方というものは、過去に由来する法形成を最高のものとし、これが現在および未来に対する不変の支配を維持しなければならないとするかのように理解されることがよくあるが、これは全くの誤解であり、歪曲である。『……』歴史的な見方は、特にローマ法に用いられる場合には、我々に対する不相当な支配をローマ法に得させることを目的とすると主張する人が多いが、それは間違いである。その見方は、まず、我々の法状

態の全体の中で、実際にローマに起源を持つものを見つけ出し、確認しようとするが、それは、我々が無意識にその支配を受けないようにするためである。それからまた、その見方は、我々の法意識の中のこれらローマ的要素の範囲内で、そのうち実際には死滅していて、ただ我々の誤解から邪魔な見せかけの生命を続けているものを除こうと努めるが、それは、それらローマ的要素のうちまだ生き生きとしている部分の発展と有益な作用に、それだけいっそう自由な活動の余地を得させるためである」⁽¹⁴⁾。

すなわち、法律家が歴史（特にローマ法史）を研究する意義は、無意識に我々に影響を与えかねないローマ法の呪縛から我々が自由になることにある。サヴィニーは、歴史、すなわち過去の事実から直接に規範が導き出されるとは考えていない。このようなサヴィニーの歴史に対する態度を自然主義や歴史主義と呼ぶことは困難であろう。

しかし、本稿は、サヴィニーの議論についてはこれ以上立ち入らず、ギールケの議論について検討していきたい。その理由は、すぐ後で示すように、カントロヴィッツ自身が、ギールケを批判対象としているのみならず、カントロヴィッツが批判対象とした自然主義について、（おそらくサヴィニー以上に）ギールケもまた同様に強い問題関心を有していたからである。

さて、まずは、カントロヴィッツがギールケを批判した箇所を確認しよう。以下の文章は、ギールケの「歴史法学派とゲルマニステン」の一節である。

「歴史法学が説いた」新しい教説の核心は不朽だった。そこでは一度発見されれば二度と失われることはあり得ない真実が取り扱われていた。法が人間の共同生活から生じる歴史的産物であること、法の生成と変遷が文化的発展

の部分現象であること、法のその都度の状態は、秩序を作り出す法の力と、法以外のすべての社会的組織の諸機能において生きる諸力との間の絶えざる相互作用によって条件づけられ、決定されてきたということ、これらの認識は、私たちの血肉となったのだ。いかにしてこのことを、サヴィニーによる以下の言葉以上に効果的かつ簡潔に表現することができるだろうか。「法はつまるところ法だけで存在したことはない。そうではなくて、法のありようは、ある特殊な側面から見られた人間の生活それ自体である」。法の学問的理解は、ただその歴史からのみ解明することができる、ということとは私たちにあって自明とみなされる⁽¹⁵⁾」。

カントロヴィッツは、歴史法学派にとって、法は過去から生ずる事実であり、歴史的・因果的に解明される現象であると捉えられていたと述べたうえで、上記の文章（正確には「法の学問的理解は」以下の文）を示し、このような文章は学問＝歴史学を意味するなら全くもって正しいが、学問＝法学を意味するなら間違っていると述べる（WS, S. 63）。このような批判の趣旨が、歴史法学は事実に関する学たる歴史学と規範に関する学たる法学を区別しない歴史主義に陥っているという、先に示したカントロヴィッツの批判に対応していることはいうまでもないだろう。

しかし、以上で確認したカントロヴィッツのギールケ批判は、ギールケの精確な理解に基づいているとは思われない。サヴィニーと同様、ギールケも法を歴史主義という観点から見ていたとはいえない。ここでは、ギールケの「法と倫理」⁽¹⁶⁾を確認することにより、この点をもう少し明らかにしていこう。

「そもそも、歴史的考察によって社会的発展のうちになんらかの合法則性が認識され得るとするならば、共同生活の諸機能の進展する分化が支配的法則として推論される。根源的には分離されず、同一の胚芽のうちに含まれてい

たものが、特殊の形態において展開していき、時代の経過の中で常に新たになされるさらなる分裂のために、この特殊の形態はその特性によってますます相互に独立のものとして対抗する。まさにこの点において社会体とその成長の有機的本質が現れている。「……」そうしてまさに民族生活のはかの領域からの法領域の分離も、このような発展の過程の一部なのである。かつては内的に結合していた法と宗教が分離する。法と経済との本源的な直接的相互密着は消失する。法と権力の関係は、もはや必然的な調和として受け取られない。かつては相互に融合していた法と習俗は、確固とした境界線によって分かれたる」(RuS, S. 218 f. [邦訳：第一六号二〇三—二〇四頁])。

すなわち、ギールケにとって、法は確かに民族の歴史の中の一部として、経済や宗教との密接な連関の中で発展してきたのだが、このような発展が進むにつれて、法は独立した固有の領域を形作ることとなる。このような現象の例として、ギールケは、一方では、慣習法による無意識的法創造が意識的立法行為によって斥けられること、他方では、ローマ法の継受と学識法律学の勝利以来、法律家という職業身分が法の固有の機関となり、その法意識と民族の確信とのあいだの激しい対立があり得ることを挙げている (RuS, S. 220 [邦訳：第一六号二〇六—二〇七頁])。したがって、ギールケによれば、もはや、このような分化を認めないことは、社会発展史の光の下では理解しがたい後退を意味する (RuS, S. 219 [邦訳：第一六号二〇四頁])。

さて、このように独立した領域たる法のメルクマールはなにか。

「そもそも、人類史の内に作用する理念というものが認められ得るとすれば、法、理念は、人間の本性において根柢を持った根源的かつ固有の精神的表出として把握されなければならない。法に内在する理念は正義の理念である。

ところで、正義の理念は善という倫理的理念とも、神への信仰という宗教的理念とも、学問を支配する真理という理念とも、美という美学的理念とも、力という政治的理念とも、外的必要という経済的理念ともほとんど重ならない。これらの理念のうち、何一つとしてもほかの理念から導き出されることはない。しかしこれらの理念のいずれも等しく本源的であり、特殊の精神能力に対応し、固有の創造的衝動によって展開し、独自の形態をもって現れ、自身のみが設定した目的に向かって邁進する」(RuS. S. 244 [邦訳：第二〇号五〇頁])。

すなわち、法は、法理念、すなわち正義に従って展開していくという点において固有の存在、領域である。もちろん、このように述べることは、ありとあらゆる民族に妥当する自然法を法理念から直接導き出すことができることを意味するわけではない。歴史法学派が指摘しているように、法には可変性が備わっているからである。しかし、「現象形態の変遷は、このような現象形態において現れている理念の永遠性を排除しない」(RuS. S. 245 [邦訳：第二〇号五一頁])。すなわち、法の具体的な現れは、確かに時代や民族に応じて様々であるが、法の本質は正義を追求する法理念への志向にあるという点においては、変わりはないのである。

さて、法がこのように法が固有の存在であるという認識に対応して、法を取り扱う考察方法も特殊の態様をとる。

「我々は、いかなる法律規定も、法秩序の内部に根拠と目的を持ち、それゆえ法理念との合致をも検証されるべき法規範として、かつそのような法規範としてののみ把握しなければならない」(RuS. S. 248 [邦訳：第二〇号五四頁])。

ギールケによれば、法は確かに、一方においては民族における社会的現象であり、法を学問的に理解するためには、法を歴史的な産物として把握する必要がある。しかし、他方においては、法は歴史的に発展する過程において、独自の領域を形成していく。このような発展の結果、いまや我々は、法を経済や宗教等とは独立した存在として扱うべきである、と考察するに至った。すなわち、「いかなる人間協同体の法意識も歴史的進展に服し、歴史的進展は、全共同生活の変遷と倫理観および習俗の進歩、さらに政治的・社会的・経済的關係および必要の変化との緊密な連関の下に遂行されるが、しかし正義の実現に対する志向が法意識を形成するのである」(RuS, S. 229) [邦訳：第二〇号六七頁]。

ギールケが「自然法とドイツ法」において、「法を形式的側面からは命令し強制する権力という平明な事実と見るが、実質的側面からは志向され追求される利益と見る」立場を実証主義と呼び、このような立場は、法にとって不可欠な権力という外面によって法の内面までも説明しようし、法思想の空洞化を図るものであると激しく批判する⁽¹⁷⁾のも、以上の議論を踏まえれば理解できるだろう。実定法のみを法であると捉え、自然法論を排斥するギールケにとって、法が法律や慣習の形を取るという事実的契機は確かに不可欠である⁽¹⁸⁾のだが、しかし、このことは、ギールケにとって法が単なる歴史的事実であることを意味するわけではない。民族生活の様々な領域の分化を経た現代においては、法は、正義を追求するという固有の目的を有しており、法を単なる事実(力や利益、必要)に還元するような実証主義は、すでに克服された議論である⁽¹⁹⁾。

ここまでのギールケの議論を本稿なりの理解も踏まえてまとめよう。確かに、ギールケは法を理解するにあたり、現在の法は過去の法の発展であるという観点から歴史研究の重要性を強調した。しかしこのことは、ギールケが法学を単なる歴史的事実に関する学へと変えてしまったことを意味するわけではない。むしろ歴史的洞察は、法が、発展

につれて、何らかの事実へと還元できない法理念、すなわち正義を追求するという固有の意義を有することとなったことを教えるのである。もちろん、法は、どのような民族、時代においても一定の形を取るわけではない。歴史法学が教えるように、その時代や民族の経済的状况や文化的状况等に応じて、法の内容は大きく変化し得る。しかし、法が時代や民族の経済的状况や文化的状况によって大きく変化するとしても、それぞれの民族や時代の法は、法理念（正義）の追求という法にとって固有の目的をそれぞれ異なった手段によって追求しているのだという認識は、今日ではもはや不可逆的なものとなったのである。

このような観点から、ギールケはカントロヴィッツと同様に、法を事実へと還元する立場（カントロヴィッツの言葉でいえば自然主義、ギールケの言葉でいえば実証主義）に対して激しく批判を加える。すなわち、カントロヴィッツにより行われたギールケに対する批判は、一面的なものといわざるを得ない。

ところで、このようなサヴィニーやギールケの議論を通じて本稿が確認したいのは、カントロヴィッツの歴史法学批判は不精確なものである、ということだけではない。むしろ、本稿が確認したいのは、カントロヴィッツと歴史法学において、法を理解するためには、法を成立させている事実について深く理解する必要があるが、しかし、法は事実還元できない固有の存在意義を有するものとして捉えられなければならないという共通の了解が存在することである。とりわけ、このことは（カントロヴィッツがいうところの）自然主義の法学における隆盛に対してきわめて強い危機感を有していたギールケにおいて顕著である。従来の研究は、ややもすると「概念法学」対「社会学的法律学」という図式（概念法学と呼ばれる立場が、法を形成する社会的要因を実は考慮していたのだ、という理解も含めて）で当時の法思想を見てきたように思われるが、本稿で示したカントロヴィッツやギールケの議論は、このような図式では必ずしも捉えられない。両者はむしろ法を形成する歴史的・社会的要因の重要性を強調する（もちろん、法

における目的の探求という観点からこのような要因を重視するカントロヴィッツと、法の発生論の重視という観点からこのような要因を重視するギールケの関心が同様のものであるというわけではないし、新カント主義的方法二元論に対する評価についても、実定法は少なくとも概念上は法理念を体现していると捉えるギールケとカントロヴィッツの間には根本的な断絶が見いだされ得るのだが」と同時に、自然主義に対抗するために、規範を対象とする法学独自の思考方法に着目することの重要性も説いていたのである。⁽²¹⁾

結び

さて、ここまでの議論の趣旨をまとめることにより、本稿を終えたい。カントロヴィッツの歴史法学批判は、しばしば、歴史法学を概念法学として戯画化したものであると捉えられているが、このことは間違っているわけではないが、必ずしも十分に精確ではない。カントロヴィッツの歴史法学批判の主旨は、むしろ、歴史法学が法を規範としてではなく事実として把握する自然主義、歴史主義的傾向を有している点にあった。しかし、このようなカントロヴィッツの歴史法学批判が、精確なものであるかといえばそれは疑わしい。サヴィニーにせよ、ギールケにせよ、法が事実（歴史的事実や社会的事実）によって形成されていることを認めつつも、明確に両者を区別し、法（学）が有する固有の性格を強調しているからである。

しかし、本稿が強調したいのは、カントロヴィッツの歴史法学批判が精確であるかどうか、ということよりも、二〇世紀初頭のドイツ法学において、（おそらくは従来の研究が想定してきたよりも）自然主義に対する脅威が少なからぬ法学者において共有されていたことである。このことは、カントロヴィッツやギールケのような、法学における

社会的諸現象に関する考察を重視する論者においても（あるいは社会的諸現象に関する考察を重視する論者であるからこそ）切実に感じられていたのである。このように、自然主義に対する態度という観点を取り入れる考察は二〇世紀初頭のドイツ法学について、ややもすると「概念法学か、それとも社会学的法律学か」という二者択一的考察に陥りがちな従来の研究図式に対して、新たな視座を与え得るものではないかと考えられる。

※本稿執筆にあたっての技術的諸点をここで述べておく。引用した文献に邦訳が存在する場合、邦訳を参考させていただいたが、西村が一部改めた箇所も存在する。また、文献を引用する際、西村による省略は「……」で示した。引用文内における西村による捕捉は角括弧「〔 〕」で示した。引用を行う際、原文における強調は傍点で示した。

- (1) 三島淑臣『新版 法思想史』（青林書院、一九九三年）三三三頁以下。
- (2) Hermann Kantorowicz, Was ist uns Savigny?, in: *Recht und Wirtschaft* 1, (1911), 以下、WSと略す。
- (3) Alfred Manigk, Was ist uns Savigny? Eine Entgegnung in: *Recht und Wirtschaft* 1, (1911), ders., Savigny und der Modernismus im Recht, (1914). 本文の記述は、広渡清吾『法律からの自由と逃避』（日本評論社、一九八六年）一五三頁注一七を参照しよう。
- (4) Okko Berends, Von der Freiheitsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, (1989), S. 45-46. 邦訳：オットー・ベレンツ、陶久利彦／伊藤剛訳「自由法運動から具体的秩序・形態化思考への歩み」（青井秀夫／陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』（東北大学出版会、二〇〇八年）「所収」二〇三頁）。Ebenda, S. 60 邦訳：二二五頁も参照。また、ders., *Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts*, in: Okko Behrends/Malte Desselhorst/Wulf Eckart Voss/Rolf Gremer (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, S. 267, Anm. 17 などについても、カンタロウィッツの批判によりサヴィニー解釈が誤った道へと進んだと述べられている。自由法運動を歴史法学の発展として位置づける研究として、Jan Schröder, *Savignys Spezialtendogma und die "soziologische" Jurisprudenz*, in: *Rechtstheorie* 7, (1976), S. 38 ff. も参照。ただし、シュレーダーは「自由法運動を」（法曹法にこだわる）サヴィニーらロマネーシテンよりも（民族法にこだわる）ゲルマネーシテンにより近いとしている。
- (5) 松尾弘「概念法学」批判」（森村進編『法思想の水脈』（法律文化社、二〇一六年）所収）。同「ゲオルグ・フリードリヒ・プフ

タ」(『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』、シネルヴァ書房、二〇〇八年、所収)も参照。

- (6) 不十分なものであるが、この論点については西村清貴「一九世紀ドイツ国法学における実定性の概念について」(『法学志林』第一三巻第四号、二〇一六年、所収)を参照。

- (7) Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Verhandlungen des ersten Deutschen Soziologentages vom 19.-22. Oktober 1910 in Frankfurt a.M., (1911). 以下RSと略す。

- (8) 平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開」H・カントロヴィッツを中心として(一五・完)、『法学論叢』第二〇六巻第四号、第一〇六巻第六号、第一〇七巻第二号、第一〇七巻第五号、第一〇七巻第六号、一九八〇年、所収)、第一〇六巻第六号一二二一一八頁、板東義雄「H・カントロヴィッツにおける法解釈学と法社会学」(『同志社法学』第二五巻第三号、一九七四年、所収)。

- (9) なお、Kantorowicz and Edwin W. Patterson, Legal Science——A Summary of Its Methodology, in: Columbia Law Review 28. 6, (1928), pp. 691 において、法学における学問的諸分類がかなり詳しく示されている。

- (10) 法学における自然主義については、Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, (1967), S. 558 ff. [邦訳(ただし第一版にのみ): フランツ・ウィアッカー、鈴木祿弥訳『近世私法史』(創文社、一九六一年)六七〇頁以下]が概観を与えている。

- (11) 法史学者としてのサヴィニーについては、Kantorowicz, Savigny and the Historical School of Law, in: The Law Quarterly Review CCXI, (1937) [邦訳: H・カントロヴィッツ、稲福日出夫訳「サヴィニーと歴史法学派」(ヤロブ・グリム、稲福日出夫編訳「郷土愛につづいて」(編集工房東洋企画、二〇〇六年、所収))]において比較的詳しく論じられている。この論文は、以下のような文章で締めくくられている。「『中世ローマ法史』四巻は、三〇年以上の間、私の変わらぬ座右の書であり続けてきたし、現在も研究し続けており、そして今なお、これらの著書の中に、これまで気づかなかったことを見いだしている。[……]細かな点ではしばしば間違っているということは驚くに値しない。しかし、いくつかの重要な点を除いて、大筋は正しい。[……]サヴィニーの仕事と、彼の仕事の跡をたどって浮遊する著作群の間で、もし選択しなければならぬならば、私はなんの躊躇もなく『中世ローマ法史』を選んだ。」(ibid, pp. 343 [邦訳: 三三二—三三三頁])。

- (12) この点については、民族精神論の思想的起源を検討した Kantorowicz, Volksgeist und historische Rechtsschule, in: Historische Zeitschrift 108. 2, (1912) においてより立ち入って述べられている。たとえばモンテスキューとサヴィニーとの関係について ebenda, S. 313.

- (13) ここで、カントロヴィッツがサヴィニーの思想的淵源をロマン主義に求めていることは、彼のサヴィニー像を理解するにあたり

重要である。というのは、よく知られているように、サヴィニー研究において、サヴィニーにロマン主義的傾向(例えばシェリングの影響)を認めるかどうかは、サヴィニー理解に際しての一つの分水嶺をなしているからである。たとえば、Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, (1983), S. 26 f. 47. サヴィニーがロマン主義の影響を受けているというカントロヴィッツの理解を明確に拒絶する。この点については赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、一九九五年)、六〇頁以下や西村(前掲注六)、八六頁以下もあわせて参照。なお、カントロヴィッツ自身は、サヴィニーの『法律学方法論』に接した後、サヴィニーは哲学にさほど興味がなく、シェリングからロマン主義にいくらかの影響を受けたにすぎないというみずからのかつての見解を改め、サヴィニーにおけるカントやフイヒテの影響を高く見積もるようになった(Kantorowicz, Savignys Marburger Methodenlehre, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 53, (1933), S. 468)。

- (14) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* I, (1840), S. XIV f. [邦訳: サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、一九九三年)、一〇頁]。
- (15) Otto Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, (1903), S. 7.
- (16) Gierke, *Recht und Stitlichkeit*, in: *Logos* 6, (1916). [邦訳: ギールケ、曾田厚訳「法と倫理(一三・完)」『成蹊法学』、第一六号、第一九号、第二〇号、一九八〇—一九八三年、所収。以下、RuSと略す。
- (17) Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht*, (1883), S. 11 f. [邦訳: オットー・フォン・ギールケ、曾田厚訳「自然法とドイツ法(一二・完)」『成蹊法学』、第二二号、第二三号、一九七八年、所収、第二二号三四九三—三五〇頁。
- (18) Ebenda, S. 10. [邦訳: 第二二号三四八頁]。
- (19) よく知られたギールケによるパウル・ラーバント論(Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: *Schmollers Jahrbuch* 7, (1883). 本稿では一九六一年版を用いる。以下LSと略す)も本稿がここまで述べてきた観点を踏まえて理解されなければならない。詳細は、ギールケ法思想の全体像の検討とあわせて、別稿で示すほか、ここでは駆け足で触れておこう。ギールケは、ラーバントが国家生活の法的側面たる国法をそのほかのものと概念的に区別し、法が有するその独立性をはっきりと示そうと試みたとき、それはあらゆる法律学的取り扱い方法の根本条件の一つを認識し、現実化したものであると高く評価する。ギールケは、法が抽象に基づく表象であると主張し、事実に還元し得ないことを強調する。さらにギールケは、ほかの表象が法と区別されるべきことを説く。このような事情に対応して、ギールケは特殊法学的思考の必要性を強調するのである。このような法とそのほかの事実および表象との区別は、私法においては早くから達成されていたが、国法においてはそうではなく、国法学と国家理論(政治学)と

の混同が長い間続けられてきた。このような状況を打破し、国法を倫理的、政治的、経済的考慮から切り離そうと試みたのがラーバントである。とはいえラーバントは政治的・倫理的・経済的・技術的考察というものを完全に拒絶したわけではない。ギールケは、ラーバントも軍隊法や財政法においてこのような考察を取り入れていることを指摘し、ラーバントの議論もまた特定の政治的観点に基づいており、ラーバントにおいては「一見したところ法律学的な論拠のみが相互に考量されているように見えるが、しかし実際には決断に際して決定的な影響を与えている政治的動機というものが沈黙しているにすぎないという印象が与えられることとなると述べる。しかし形式主義的議論による隠蔽の下でラーバントが実質的な政治的判断をしていることをギールケがもっぱら非難しているという見方は皮相である。というのは、人間の事柄の性質を追求しようとして得られる成果というのは常に部分的なものとしかなり得ないとギールケは述べているからである (LS, S. 79)。したがって、ギールケは、ラーバントが国法を政治から可能なかぎり引き離した点、法学的思考に固有の形式を征服した点において原理的に正しい思考に道を拓いたと高く評価する (LS, S. 12)。しかし、ギールケによれば、ラーバントは「国家生活の法的側面を、そのほかの内容から概念的に引き離す」というそれ自体としては正しい作業を「法の発生論上の孤立化」という誤った思想へと変えてしまった」。ギールケによれば法はそれ自体から発生したり、成立するのではなく、法制度の本質および内容についての十全な学問的理解のためには、法はとりわけ発生論的に説明されねばならない。すなわち、ギールケにとって、法を事実還元すること、法の発生や成立の根拠を諸々の社会関係に求めることは本来別の問題であるのだが、ラーバントは両者を混同していたのである。むしろ、「法をその純粋性において鑄造するという目的を法学が追求するならば、法学はこの目的のための手段として、法をその生成と作用において条件付け、規定している「法とは」異なった性質を有する要因を常に考慮しなければならない」。このような議論は、国法学において、国法上の規範や概念に影響を与えている政治的状況や思想を考慮することの必要性へと導く。すでに述べたように、優れた実践的感覚を有していたラーバント自身はこれらの要素を考慮していなかったわけではないが、これらの要素は彼の方法論に体系的に組み込まれていただけではなかった。この点がラーバントの法学的方法の欠陥である、とギールケは指摘するのである (LS, S. 17)。このようにして、ラーバントは公法を法以外のなものでもないものとして把握した (LS, S. 4) にもかかわらず、「ラーバントの方法が法理念の敵対者の過激な努力に、知らず知らずのうちに手を貸す」(LS, S. 6) することになったのである。

ここでいわれている「法理念の敵対者」とは、本文で述べたような意味での実証主義（法を事実還元する立場）、すなわち、カントロヴィッツのいう自然主義に大きく重なる立場といってよいと思われる。（国法学における）この立場は、Gierke, Die Grundbegriﬀe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaft 30, (1874), Neudruck (1915), S. 21 ff. で取り上げられていて、マックス・フォン・ザイデルやファン・クリーケンを指すものと思われる。

必ずしもギールケの議論はきわめて明確というわけではないのだが、本稿なりにギールケのラーバント批判の趣旨を簡単にまとめると、確かにラーバントは法を独立した存在として取り扱っており、その点については高く評価されるべきだが、しかし、同時にラーバントは、法を形成している社会的諸要因に対する考察を体系的に行うことがなかったため、ラーバントの議論は独断的なものであるとの印象を読者に与え、結果として、客観的な観点から、法を独立した存在として取り扱うというラーバントの企図が損なわれることとなった、という議論であると思われる。すなわち、ギールケにとって、法は規範（法理念）に関する学であるのだが、この目的を十全に達するためには、法を成立させている事実に関する研究が必要なのである。

(20) Gierke (Anm. 17), S. 10. [邦訳：第二三三八頁]。

(21) ここで、ギールケの敵手であるラーバントの議論についても簡単に触れておこう。彼もまた、ギールケと同様に、法は事実ではなく抽象の産物であると捉えていた。Paul Laband, *Besprechung von Alfredo Bartolomei, Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, (1905), in: ders., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen* 2, (1980), S. 367 ff. において、ラーバントは社会学的な法と法学的方法の相違に言及し、法学的方法に向けられている、法学的方法は形式的な論理にもっぱら従事し、国家という存在およびその作用が有する基礎および真の内容を等閑視しているという非難に対し、本書評の対象であるバルトロメイの口を借りつつ、以下のように応じている。すなわち、「社会学的な方法の主張者は現実 *Wirklichkeit* を描写することを褒め称えるが、しかし著者「バルトロメイ」は以下のように応じる。「現実とはなにか?」。事物の学問的認識は常にただ、事物の個々の性質と関係につき、学問的概念を形成する区別と抽象化によってのみ可能である。[...] 現実においては、諸事物や諸現象の間にはいかなる区別も存在しない。すなわち現実とは即自かつ対自には統一的であり単一的 *einsig* である。しかし学問は現実の写真でも写しでもなく、学問は現実をみずからの目的のためにそしてみずからの形式において形成するという意味で、学問は「現実に対する」主人であり、技芸である。社会学においては、現実の再生産において「真実」が存在するという妄想 *Wahn* が、精神は世界の鏡像であり、この鏡像において現実が反映されているという妄想が支配している。このような思考方法は現代の認識論によってとくに反駁されており、克服されている。そしてこのことは法と国家にもあてはまる。法とは、ただ、形式、すなわち込み入った、そして様々な形態の社会的諸関係の覆いであり、あらゆる内容から独立して取り扱われ得るということがまさに形式が有する性質である。[...] 法や国家という概念や、あらゆるそのほかの公法上のカテゴリーが社会学者に委ねられたとしても、社会学者もまた法や国家を、それらが現実においていかにあるか、そして全社会的現象の有機体においていかに生きているかを定義することはできず、社会学者もまた「法や国家の」個々の側面の抽象化を越え出ることはいだらう。というのはあらゆる概念は常に抽象化と孤立化の結果であるからである。概念は特定の観点から、そして特定の学問が追究する目的にしたがって獲得される」。このように、ラーバントは、(本稿がいうところの) 自然主義を明確に意識し

た上で、自然主義の立場を「プリミティブに素朴」として斥けている (ebenda, S. 369)。また、Laband, Besprechung von Dr. Wilhelm Endemann, Prof. der Rechte und Oberappellationsgerichtsrath zu Jena. Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt. Erste Abteilung. XVI. u. 400 S. 8. Heiderberg, Bangel u. Schmitt, 1865, (1865), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen 4, (1983), S. 530-531 が、法学における経済学的考察の重要性を強調しつつも、「経済学的に決定的な観点が常に法学の根本原理として適切であるというわけではないということ」に注意を促し、法学が実定的な基礎を無視すべきではないことを指摘していることも注意する必要がある。